

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL**JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI**

Santiago de Cali, jueves, 18 de marzo de 2021

Expediente: 76001-33-33-019-2019-00257-00
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Omar Muriel Pérez
Demandado: Nación- Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, se procede a dictar sentencia en primera instancia dentro del medio de control de la referencia, conforme la siguiente motivación:

1. ASUNTO

Mediante apoderado judicial, el señor Omar Muriel Pérez instauró el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin que se declare la nulidad del acto ficto surgido de la contestación de la petición radicada el 17 de mayo de 2018; y como consecuencia de lo anterior se ordene la devolución de los dineros que por concepto de salud se le está descontando al jubilado demandante, los cuales exceden del 7%.

Como pretensión subsidiaria solicita que se haga devolución de lo descontado en las mesadas adicionales correspondientes a los meses de junio y diciembre. Además pide que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187 y siguientes del CPACA y se condene en costas y agencias del derecho.

1.1. Demanda.

El señor Omar Muriel Pérez laboró al servicio del magisterio colombiano por más de veinte años y se hizo acreedor a una pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985, según puede apreciarse de la Resolución No. 1166 del 18 de mayo de 2004.

Mediante escrito radicado el 17 de mayo de 2018, solicitó a la accionada que le devolviera lo descontado por concepto de salud en exceso y que equivale al 5%, al estimar que sobre ese ítem solo se puede descontar el 7% y no el 12%.

Dicha petición fue contestada negativamente por la Fiduprevisora mediante oficio No. 20180871030441 de julio 9 de 2018.

1.2. Contestación de la demanda.

No contestó la demanda la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

1.3. Trámite Procesal

Una vez admitida la demanda se dio el respectivo traslado y al no existir pruebas por practicar y tratarse de un tema de pleno derecho se dio aplicación al numeral 1

del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2003, para que las partes alegaran de conclusión oportunidad que fue utilizada por el demandante y en la que solicita se acceda a las súplicas del libelo.

CONSIDERACIONES.

Se logra establecer en el libelo, que el objeto de este proceso es el de determinar si hay lugar a la devolución de los dineros que por concepto de salud se le está descontando al jubilado demandante, los cuales exceden del 7%.

Como pretensión subsidiaria solicita que se haga devolución de lo descontado en las mesadas adicionales correspondientes a los meses de junio y diciembre.

Por tal razón, se estudiará cada una de las pretensiones antes enunciadas.

A) Descuento por concepto de salud los cuales exceden del 7%.

Señala la demanda que en el caso del accionante por tratarse de un docente hoy jubilado, no se le puede descontar de sus mesadas pensionales el 12% sino el 5% en razón al régimen especial que los cobija.

Su análisis parte que el inciso cuarto del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, si bien extendió dicha cotización a los docentes vinculados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no lo hizo frente al grupo de personas que estaban antes de la entrada en vigencia de dicho cuerpo normativo, esto es, el 27 de junio de aquella anualidad, fecha para la cual se promulgó en el Diario Oficial No. 45.231.

En ese sentido, señala que a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, en razón al régimen pensional al cual se encontraban afiliados y que fue ratificado precisamente en el inciso primero del artículo aludido, no se les podía hacer extensiva dicho aumento de la cotización porque su situación está reglada por el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

Dice que la compensación del incremento de la cotización al que alude el numeral séptimo del artículo 81 de la Ley 812 de 2001, es demostración que el objetivo de aquella norma eran las personas que se vinculen al magisterio a partir del 27 de junio de 2003, por lo tanto el aumento decretado se hace sobre el salario del docente activo y no de la mesada pensional de aquel que ya tenía dicha relación.

Como consecuencia de lo anterior, su argumento transita en que existen unas diferencias en los conceptos aporte y cotización o afiliado y jubilado, por lo que en el caso de los que estaban con anterioridad al 27 de junio de 2003, no se les podía incrementar el aporte en salud.

También refiere que el párrafo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, reafirmó que a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, los docentes que se vinculen, su situación pensional se regirá por lo establecido en las Leyes 100 de 1994 y 797 de 2003 y para ello se sostiene en el concepto del 10 de septiembre de 2009 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado No. 1857, como en la sentencia emitida por esa misma Corporación pero de la Sección Segunda del 6 de abril de 2011.

Asimismo esgrime que de aceptarse el argumento de la demandada, se le estaría dando viabilidad a la creación de un régimen nuevo usurpando una facultad que solo le está deferida al Legislador.

Frente al monto que deben aportar los docentes se remiten al concepto No. 1988

del 11 de marzo de 2010, a través del cual la Sala de Consulta de Servicio Civil, por lo que enrostra que en su caso no se le puede aplicar la Ley 100 de 1993.

Para estudiar el fondo del asunto, tenemos que para el libelo no puede descontarse el 12% por aportes por salud sino el 5%.

El estudio del sub-lite precisa señalar que la Ley¹ 91 de 1989, “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en su artículo tercero dice sobre la naturaleza de esta entidad lo siguiente:

“Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.”

El artículo cuarto sobre sus funciones establece sobre sus funciones:

“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.”

Ahora bien, el artículo quinto de este cuerpo normativo señala los objetivos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, de los cuales los numerales 2 y 4 tienen relación con el asunto objeto de litigio:

“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.

3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.

4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.

5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus

¹ Diario Oficial No 39.124 de 29 de diciembre de 1989

obligaciones.” (La negrilla y el subrayado es nuestro)

Y en lo que se refiere a los recursos que forman parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tenemos en el artículo 8 del mismo estatuto:

“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.

...

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

...”

Justamente del numeral quinto de esta norma es del que surge la inconformidad planteada con el libelo, luego que a juicio de la parte actora por tratarse los docentes de un régimen exceptuado a la luz del artículo² 279 de la Ley 100 de 1993, no se les puede descontar el porcentaje indicado en dicho cuerpo normativo en lo que toca con el aporte correspondiente a salud para la prestación de los servicios médicos asistenciales.

En efecto, tenemos que la Ley³ 100 de 1993, instituye en su artículo 204:

“La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).”

Y el artículo 143 del mismo estatuto:

“REAJUSTE PENSIONAL PARA LOS ACTUALES PENSIONADOS. A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud<4> podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

² EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

³ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal.” (La negrilla y el subrayado es nuestro)

Como bien se dijo en párrafos anteriores, el escrito introductorio parte del inciso cuarto del artículo 81 de la Ley 812 de 2001, para decir que se aumentó el aporte en salud en un siete (7) %, desconociéndose el indicado en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

Para ello es del caso citar la norma en lo pertinente:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3o de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.

El valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda, sin detrimento de la obligación de la Nación por el monto de la deuda de cesantías; posteriormente, con recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que le entregará la Nación a las entidades territoriales para que puedan cumplir con su obligación patronal.

PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989.

Como se observa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, reitero que para los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de esa anualidad, fecha para la cual se promulgó, se les aplicaba el régimen pensional anterior, que no es otro que el de la Ley 33 de 1985. Frente a los vinculados con posterioridad su situación se regula con las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Ahora bien, en lo que interesa al proceso tenemos que el inciso cuarto de la norma citada, señala que el valor de cotización debía aumentarse a los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en el porcentaje indicado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Es decir, que a partir del 27 de junio de 2003, se incrementó el porcentaje señalado en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, del 5% al 12%, ante la remisión que se hizo al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que es la norma reguladora de *la tasa de cotización* para los servicios de salud de los pensionados.

Partiendo de este preliminar análisis es válido preguntarse: ¿Resulta vulnerador de derechos adquiridos, para las personas vinculadas antes del 27 de junio con el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el aumento del porcentaje de cotización al servicio de salud?

Asimismo resulta otro interrogante: ¿Es inmodificable el porcentaje contemplado en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 en lo concerniente al aporte de salud?

Para el Despacho, las respuestas a estos cuestionamientos son negativas y por lo tanto resuelven la pretensión formulada con el libelo según pasa a exponerse:

Debe tenerse en cuenta, que el aumento a las cotizaciones en salud para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se hizo a partir del plurimencionado inciso cuarto del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

De esa norma, se logra determinar que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a partir de su vigencia, 27 de junio de 2003, deben aportar la suma que por concepto de salud y pensiones se indiquen en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003; sumas que como se vio con anterioridad, en materia de salud están estipuladas en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, mientras subsistiese la Ley 812 de 2003, cuya vigencia como se sabe es de cuatro años por tratarse del cuerpo normativo que concreta el Plan Nacional de Desarrollo, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio está autorizado a cobrar el porcentaje aludido por concepto de salud en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Antes de continuar con el discurso planteado, es del caso manifestar que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, fue prorrogado sucesivamente por las Leyes que concretaron el Plan Nacional de Desarrollo por los periodos presidenciales siguientes. En este caso nos referimos a los artículos 160 de la 1151⁴ de 2007, 276 de la 1450⁵ de 2011 y 267 de la 1753⁶ de 2015.

Retomando la disertación se evidencia que el cobro al que alude el escrito introductorio, tiene respaldo normativo y desde el 27 de junio de 2003, debe ser cobrado por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a sus

⁴ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010

⁵ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.

⁶ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”

afiliados.

En este sentido, es elocuente lo que dice la Corte Constitucional en la sentencia C-369 de 2004, cuando al responder una solicitud de inhibición de pronunciamiento propuesta por el Procurador General de la Nación, sobre el inciso cuarto del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, expresó:

“ ...

4- La Vista Fiscal sustenta su tesis en el hecho de que el inciso primero de ese artículo establece que el régimen prestacional de los docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio “en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley del plan”, lo cual significa, según su parecer, que la disposición mantiene en su integridad el régimen de cotización anterior. Según su criterio, es claro entonces que esa disposición sólo se refiere a los docentes vinculados al servicio público educativo oficial con posterioridad a la vigencia de la ley, pero no a los pensionados a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que concluye que el cargo se funda en una interpretación equivocada y arbitraria del aparte demandado, y por ende que la Corte debe inhibirse de estudiar la demanda.

5- La interpretación de la Vista Fiscal de la disposición acusada parece a primera vista plausible. Sin embargo, un examen más atento permite concluir que esa hermenéutica no es aceptable, y que es más adecuado el entendimiento del actor de esa disposición, que conviene destacar, es el mismo defendido por todos los intervinientes, todos ellos representantes de entidades públicas con claras responsabilidades en el manejo de la seguridad social de los docentes oficiales, lo cual sugiere que tal es el sentido como se aplica actualmente esa norma.

6- La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable pues es compatible con el tenor literal y el sentido general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado. Así, es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la ley del plan. **Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – sin que la norma establezca ninguna excepción- “corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores”.** Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En esas circunstancias, como conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho fondo, vigentes anteriormente, dichos pensionados cancelaban una cotización menor. En efecto, según el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, estos pensionados debían cancelar 5% de su mesada pensional como contribución a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

7- Conforme a lo anterior, la interpretación del actor es no sólo razonable sino que además se funda en un entendimiento de la disposición acusada

ampliamente compartido por todos los intervinientes en el proceso. Según esta hermenéutica, aunque es claro que las prestaciones en salud a que tienen derecho estos pensionados se mantienen, pues así lo establecen los incisos primero y tercero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, sin embargo la cotización en salud fue incrementada, tal y como lo ordena el inciso cuarto de ese mismo artículo, que fue precisamente el demandado en la presente oportunidad. La Corte concluye que la solicitud de la Vista Fiscal de inhibición no es de recibo, pues no es cierto que la interpretación del actor sea irrazonable. Entra pues esta Corporación a estudiar la acusación de la demanda.”(La negrilla y el subrayado es nuestro)

Quiere decir, que para la Corte Constitucional el inciso cuarto del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, aumentó el porcentaje de cotización en salud para los docentes pensionados en un 7%. Asimismo para la misma Corporación, resulta claro que en el caso de los docentes, si bien se les conservó el régimen prestacional para aquellos con vinculación anterior al 27 de junio de 2003, eso no significa que en lo referente a las cotizaciones estas hagan parte de aquel y por lo tanto no significa que no pueda ser modificado.

En otras palabras, aunque no lo desarrolló cuando desestimó la petición de inhibición formulada por el Procurador General de la Nación, el Alto Tribunal distinguió que existen dos regímenes: a) prestacional, relacionado con los beneficios que se adquieren precisamente por su condición de docentes afiliados al Fondo; y b) de cotizaciones que hacen los afiliados del fondo al sistema de salud y de pensiones.

Diferenciación que en lo que interesa al proceso, régimen de cotización al sistema de salud por parte de los pensionados, ya ha sido estudiado por la Corte en el entendido de avalar su incremento, precisamente porque no hace parte del régimen prestacional, según puede verse en la providencia antes citada:

“...
9- Los intervinientes aciertan en señalar que la Corte ya había definido que la ley podía ordenar a los pensionados asumir integralmente la cotización en salud. En efecto, la sentencia C-126 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, declaró exequible el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que precisamente establece esa obligación en cabeza de los pensionados. La Corte consideró que, en desarrollo del principio de solidaridad (CP art. 1°), y con el fin de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, bien podía la ley ordenar que los pensionados asumieran esa cotización, teniendo en cuenta la reducción del número de trabajadores activos por pensionado, y que en el momento en que la persona reúne los requisitos para acceder a la pensión, entonces cesa su obligación de cotizar por tal concepto, y por ello, “y sin que existan equivalencias matemáticas, la disminución del ingreso del jubilado, por cuanto debe asumir integralmente su cotización en salud, es en parte compensada por el hecho de que cesa la obligación de aportar para pensiones”.
En esas circunstancias, no es inconstitucional que la norma acusada hubiera ordenado a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cubrir toda su cotización en salud.”

En ese entendido, para el Tribunal Constitucional resulta admisible que el Legislador aumente el porcentaje de cotización por parte de los pensionados en materia de salud en aras del principio de solidaridad que impera en el ordenamiento jurídico colombiano a partir del artículo⁷ 1 de la Constitución y de resguardar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, además de continuar con la línea argumentativa según la cual existe una forma de compensación cuando

⁷ Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y **la solidaridad de las personas que la integran** y en la prevalencia del interés general. (La negrillas y el subrayado es nuestro)

se liberan a los pensionados del aporte pensional.

Asimismo, el fallo señala que más allá que se trate del incremento en el porcentaje de cotización de salud de un docente pensionado y que este pertenezca a un régimen exceptuado, es viable ejecutarlo sin que haya lugar a pregonar que se esté desconociendo el ítem prestacional porque como se dijo en precedencia, son dos sistemas diferentes (prestacional y el de cotizaciones) y por consiguiente con posibilidades de reforma limitadas a su naturaleza.

Siguiendo entonces con lo acá discutido y a modo de conclusión, es claro que el incremento en las cotizaciones de salud para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en especial para el grupo de personas con vinculación anterior al 27 de junio de 2003, se encuentra ajustado a derecho, sin que pueda alegarse en su favor un desconocimiento del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, en lo pertinente al porcentaje del 5% descontado por concepto de salud, pues como se vio este corresponde al régimen de cotizaciones y puede ser modificado por el legislador, lo que no ocurre con el prestacional, que de ninguna manera se varió.

Ante esta conclusión, procede el Despacho a resolver cada uno de los cargos formulados con el escrito introductorio:

- DIFERENCIAS ENTRE APORTE Y COTIZACION ASI COMO ENTRE AFILIADO Y JUBILADO

Sobre este punto, también es del caso aclarar que cuando nos referimos a los afiliados del Fondo, tenemos no solamente a los docentes activos sino a los pensionados, lo cual tiene asiento en los numerales 1 y 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, cuando se indica que sus recursos corresponden al 5% del sueldo básico de los activos así como al aporte del pensionado. De ahí que la Corte Constitucional, en el fallo C⁸- 1053 de 2012, al revisar la constitucionalidad del artículo 6 de la Ley 91 de 1989, sobre el derecho de participación de los docentes en la decisiones que adopte el Consejo Directivo del Fondo, señale enfáticamente: *“...los ex docentes pensionados son claramente afectados por múltiples determinaciones que se adoptan al interior del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, teniendo en cuenta los objetivos de dicho fondo y las funciones del Consejo Directivo...”*, lo que es una reiteración de lo ya esbozado en la sentencia⁹ C- 369 de 2004, por lo que se entiende, que cuando el inciso cuarto del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, autoriza al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a aumentar la cotización del porcentaje de salud, lo hizo para todos sus afiliados, sean estos docentes activos o pensionados,

⁸ En la mencionada providencia, dijo el Alto Tribunal Constitucional sobre la incidencia que tienen las decisiones del Consejo Directivo del Fondo sobre los pensionados:

“... (i) En el artículo 5º de la Ley 91 de 1989 se señalan los objetivos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los cuales hay algunos que tienen gran importancia para los pensionados como: “1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado. 2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo”.

(ii) En el artículo 7º de la Ley 91 de 1989 se establecen las funciones del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales dentro de las cuales deben destacarse algunas que tienen una incidencia directa en los pensionados no activos tales como: “1. Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento. (...) 4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos”.

⁹ En la cita que se hace ut supra de la sentencia C- 369 de 2004, se advierte que para la Corte resulta claro que dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran los pensionados.

con vinculación anterior o posterior al 27 de junio de esa anualidad, sin que haya lugar a decir como lo sugiere la demanda, que exista un tratamiento diferenciado para algún grupo de los trabajadores mencionados, en atención a que el mismo legislador no lo hizo, lo que de contera desvirtúa el cargo propuesto.

En esa dirección, no hay lugar a acceder tampoco al argumento según el cual como existe una diferenciación entre los conceptos afiliado y jubilado o aporte y cotización, el cobro nacido en el inciso cuarto del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, no puede aplicarse a los vinculados a dicho Fondo antes del 27 de junio de esa anualidad, pues como se vio el Legislador no hizo distinciones y en esas condiciones no le atañen al intérprete.

- COMPENSACION DEL INCREMENTO DE LA COTIZACION

En el libelo, se indica que con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se incrementó la tasa de cotización en cuanto al aporte correspondiente en salud en el orden del ocho (8)%, pero anota que el mismo solo hace referencia a los incorporados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio después del 27 de junio de aquella anualidad, no obstante, dicha tesis se desestima como bien se expuso en párrafos precedentes, luego que el artículo 81 del plurimencionado cuerpo normativo se refiere a los afiliados, sin hacer distinciones de la fecha de su vinculación, por lo que no puede consentirse dicha interpretación, además cuando se refiere que se remite a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, es claro que dicha normatividad se alude a los aportes tanto de pensionados como de asalariados en materia de salud que como se sabe está regulado en los artículos 143 y 204 del primer estatuto, por lo que se impone en consecuencia la denegación del cargo.

- REGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES ESTABLECIDO EN EL ACTO LEGISLATIVO 001 DE 2005 y CREACION DE UN TERCER REGIMEN Y VIOLACION AL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA LEY.

El escrito introductorio enfatiza que al haberse ratificado en el Acto Legislativo 01 de 2005, el régimen prestacional de los docentes vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, no podía modificarse lo relativo a los aportes en salud del orden del cinco (5) % y para ello se sustenta en el concepto de la Sala de Consulta del Servicio Civil No. 1857 del 10 de septiembre de 2009, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo y en la sentencia emitida por esa misma Corporación pero de la Sección Segunda del 6 de abril de 2011, Libardo Santiago Lasso y otros, Demandado Gobierno Nacional.

Sustenta que de admitirse ese criterio se estaría ante la creación de un tercer régimen y por lo tanto del principio de inescindibilidad de la Ley.

Contrario a lo expuesto y siendo coherentes con lo hasta aquí desarrollado, resulta evidente que la modificación de los aportes en salud en nada afectan al régimen prestacional de los docentes y por lo tanto pueden variarse como en efecto lo aceptó la Corte, en la sentencia C- 369 de 2004, que de paso ratificó su posición que databa desde el fallo C-126 de 2000.

Como se destacó en esta decisión, la Corte al rechazar la tesis de inhibición del Procurador General de la Nación, estableció que existían dos regímenes uno prestacional y otro sobre los cotizaciones, y como el aumento de este último tiene una connotación diferente del primero, mal se haría en calificarlo como inmutable desconociendo que lo que cubre es el sostenimiento del sistema de Seguridad Social en salud.

En estas circunstancias, el Legislador no modificó el régimen prestacional de los

docentes, lo hizo frente al de cotizaciones y como se vio si puede hacerlo como concreción del principio de solidaridad y de sostenimiento del sistema de seguridad social en salud, por lo que este cargo correrá la misma suerte de los anteriores.

Inferencia que de paso no desecha el concepto No. 1857 del 10 de septiembre de 2009 y tampoco el fallo del 6 de abril de 2011, emitidos por el Consejo de Estado, pues de ninguna manera se está desconociendo el régimen prestacional de los docentes solo se está afirmando que el de las cotizaciones, puede ser modificado según las razones anotadas en precedencia.

- MONTO QUE DEBEN APORTAR DE LA PENSION DE JUBILACION LOS DOCENTES OFICIALES DE COLOMBIA

La demanda insiste en que existen dos regímenes prestacionales para los docentes dependiendo su vinculación con referencia al 27 de junio de 2003, fecha a partir de la cual entró en vigencia la Ley 812 de esa anualidad, pues alude que no puede descontársele los porcentajes estipulados en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 a aquellos que se les rige por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, empero tal y como se ha venido sosteniendo a lo largo de esta providencia, el artículo 81 no distinguió cuando remitió a la normatividad general en materia de cotizaciones, por lo que indefectiblemente se entiende que es para todos los afiliados del Fondo, sin importar el tiempo de su incorporación o su condición de retirado o activo, de suerte que también será rechazado este cargo.

- PORCENTAJE PARA AJUSTAR ANUALMENTE LA PENSION DE JUBILACION DE LOS DOCENTES PENSIONADOS COBIJADOS POR REGIMEN EXCEPTUADO – LEY 100 DE 1993, PERJUICIOS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY 100 DE 1993, NORMATIVIDAD QUE RIGE Y DETERMINA EL INCREMENTO ANUAL DE LAS MESADAS DE LOS DOCENTES PENSIONADOS Y EXCEPCIONADOS DEL REGIMEN GENERAL DE PENSIONES, INDEBIDA APLICACION DEL ARTICULO 14 DE LA LEY 100 DE 1993 Y FORMULA DE INCREMENTO PENSIONAL CONTENIDA EN LA LEY 100 DE 1993.

En lo que concierne con este cargo, el escrito introductorio expresa que el incremento que se hace de la pensión de la jubilación no debe hacerse conforme el artículo 14 de la Ley de 1993 sino conforme las Leyes 4 de 1976 y 71 de 1988 al tratarse de un régimen excepcional el de los docentes.

Sobre este punto, es del caso mencionar lo indicado por el artículo 1 de la Ley 4 de 1976:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Cuando transcurrido el año sin que sea elevado el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá así: se hallará el valor de incremento en el nivel general de salarios registrado durante los últimos doce meses. Dicho incremento se hallará por la diferencia obtenida separadamente entre los promedios de los salarios asegurados de la población afiliada al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y a la Caja Nacional de Previsión

Social entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

Establecido el incremento, se procederá a reajustar todas las pensiones conforme a lo previsto en el inciso 2 de este Artículo.

Parágrafo 1º.- Con base en los promedios de salarios asegurados, establecidos por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, se reajustarán las pensiones del sector privado y las del mismo Instituto. Y las del sector público se reajustarán con los promedios establecidos por la Caja Nacional de Previsión Social.”

Luego el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 establece:

“ARTICULO 1o. Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

PARAGRAFO. Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo.”

Sobre este reajuste, en reciente pronunciamiento el Alto Tribunal de lo Contencioso dio unas pautas para comprenderlo¹⁰:

“...

6.2. El reajuste de las pensiones a la luz del artículo 1º de la Ley 71 de 1988, y de los artículos 14 y 143 de la Ley 100 de 1993.

- 1. La Ley 71 de 1989 «[p]or la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones», estableció en el artículo 1º que las pensiones serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual; bajo el siguiente tenor:*
...
- 2. Ahora bien, de acuerdo con la anterior disposición, se debe traer a colación el artículo 1º de la Ley 4ª de 1976 «por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones», que establece lo siguiente:*
...
- 3. De las anteriores disposiciones se tiene que las pensiones beneficiadas con el reajuste ordenado, son las de jubilación, invalidez, vejez, sobrevivientes, de incapacidad permanente parcial y las compartidas, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.*
- 4. Es importante recordar, que la Ley 4ª de 1976 reguló el reajuste de las pensiones bajo un procedimiento complejo, en el que se establecía, que cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: «con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.»*
- 5. También previó, que cuando hubiere transcurrido el año sin que sea elevado el salario mínimo mensual legal más alto, el reajuste se hará de la siguiente manera: «se hallará el valor de incremento en el nivel general de salarios registrado durante los últimos doce meses. Dicho incremento se hallará por la diferencia obtenida separadamente entre los promedios de los salarios asegurados de la población afiliada al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y a la Caja Nacional de Previsión Social entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.»*
- 6. Sin embargo, el reajuste de estas pensiones consagrado inicialmente en la Ley 4ª de 1976 fue sustituido por el regulado en las Leyes 71 de 1988 y 100 de 1993, como se pasa a explicar a continuación.*
- 7. El artículo 1º de la Ley 71 de 1988, simplemente estableció, que las*

¹⁰ Sección Segunda Subsección B Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00266-01(1091-17) Actor: SAÚL DEL CRISTO BURGOS DURANGO Y OTRAS Demandado: DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA

pensiones mencionadas serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

8. *De la anterior disposición normativa se puede concluir lo siguiente:*
 - i) *Las pensiones serán reajustadas anualmente y cada vez que se incremente el smlmv;*
 - ii) *El incremento no podrá ser inferior al porcentaje en que se ajusten las pensiones cuya cuantía corresponde al salario mínimo legal mensual;*
 - iii) *Esta medida será empleada de forma oficiosa por la entidad pagadora de la prestación; y,*
 - iv) *La finalidad del reajuste de la pensión es evitar la pérdida de su poder adquisitivo.*
9. *Ahora bien, la Ley 100 de 1993 «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.» fue expedida con el objeto de unificar el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.¹¹*
10. *Como uno de los pilares de la concreción de la calidad de vida y del bienestar individual, se dispuso en el artículo 14 el reajuste de las pensiones, cuyo fin no es otro diferente al instituido en el artículo 1º de las Leyes 4ª de 1976 y 71 de 1988. Dice el artículo 14 citado:*

Artículo. 14.- Reajuste de pensiones. Reglamentado por el Decreto Nacional 36 de 2015. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno.

11. *Esta disposición sufrió unas modificaciones, la primera, la inclusión de un párrafo por la Ley 1328 de 2009, artículo 45 cuyo texto es el siguiente:*

Parágrafo. El Gobierno Nacional podrá establecer mecanismos de cobertura que permitan a las aseguradoras cubrir el riesgo del incremento que con base en el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, podrían tener las pensiones de renta vitalicia inmediata y renta vitalicia diferida de que tratan los artículos 80 y 82 de esta ley, en caso de que dicho incremento sea superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE para el respectivo año. El Gobierno Nacional determinará los costos que resulten procedentes en la aplicación de estos mecanismos de cobertura.

12. *La segunda, fue la modificación del párrafo que hizo el artículo 138 de la Ley 1753 de 2015 bajo el siguiente tenor literal:*

Parágrafo. El Gobierno Nacional podrá establecer mecanismos de cobertura que permitan a las aseguradoras cubrir el riesgo del incremento que podrían tener las pensiones de renta vitalicia inmediata y renta vitalicia diferida de que tratan los artículos 80 y 82 de esta ley cuando el aumento del salario mínimo mensual legal vigente sea superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística para el respectivo año. El Gobierno Nacional determinará los costos que resulten procedentes en la aplicación de estos mecanismos de cobertura. El Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS) otorgará aval fiscal para estas coberturas.

13. *Por su parte, el Decreto 692 de 1994, «Por el cual se reglamenta*

¹¹ De acuerdo con su preámbulo.

parcialmente la ley 100 de 1993» en el artículo 41, reglamentario del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, dispuso que:

Artículo 41. Reajuste de pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, en el sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el 1° de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, total nacional, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno, cuando dicho reajuste resulte superior al de la variación del IPC previsto en el inciso anterior.

Parágrafo. El primer ajuste de pensiones, de conformidad con la fórmula establecida en el presente artículo, se hará a partir del 1° de enero de 1995.

14. *De las anteriores disposiciones se colige lo siguiente:*

- i) Las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, de cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, serán reajustadas;*
- ii) El reajuste opera de oficio el 1° de enero de cada año, e inicia a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993¹² [para las pensiones nacionales a partir del 1° de enero de 1995; y para las pensiones de los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, a partir del 1° de enero de 1996], es decir, del año siguiente.*
- iii) El reajuste se hace según la variación porcentual del índice de precios al consumidor- IPC, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior;*
- iv) Las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente – smlmv, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno;*

15. *Ahora bien, debe precisar la Sala, que el reajuste de que trata de la Ley 71 de 1988 es aplicable para aquellas pensiones que quedaron cobijadas bajo dicha regulación, hasta la fecha en que entró a regir el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 289¹³, pues a partir del 1° de enero de 1995 o de 1996 según sea el caso¹⁴, las pensiones serán ajustadas conforme lo manda el artículo 14.”*

Tomando en cuenta el parámetro jurisprudencial citado, solo se acude al régimen de la Ley 71 de 1988, en aquellos casos en los que las pensiones hayan sido comprendidas en su ámbito de aplicación y por lo que se puede establecer en el plenario, la Resolución No. 1166 del 18 de mayo de 2004 a través de la cual se le reconoció el derecho prestacional lo fue conforme la Ley 100 de 1993.

Y no es otro el camino si advertimos que al momento de reconocerse el derecho prestacional de la parte accionante, la única norma vigente que regula el reajuste es el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Se olvida que a raíz de la expedición de la Ley 100 de 1993, en especial de su artículo 14, el propósito del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 fue sustituido por este, de ahí que solo sea este el camino aplicable.

Razones suficientes para negar el reclamo propuesto y en su totalidad la pretensión

¹² Según lo dispuesto en el artículo 151.

¹³ Ley 100 de 1993. [...]ARTICULO. 289. -Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2° de la Ley 4ª de 1966, el artículo 5° de la Ley 33 de 1985, el parágrafo del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen.

¹⁴ Bien cuando se trate de pensiones nacionales o territoriales.

principal de la demanda.

B) Descuento por concepto de salud del orden del 12% aplicado a las mesadas adicionales de junio y diciembre.

El estudio del asunto versa sobre la legalidad del descuento que se hace por parte de la demandada, a las mesadas adicionales de junio y diciembre que devenga el señor Omar Muriel Pérez en su condición de pensionado.

Para ello es del caso delimitar que los descuentos sobre mesadas adicionales, se encuentra regulado, como pasara a explicarse:

El artículo 5 de la Ley¹⁵ 4 de 1976, señala:

“Los pensionados de que trata esta Ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se trasmite el derecho, recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto.”

De otro lado, la Ley¹⁶ 42 de 1982 en su artículo séptimo establece:

“La mensualidad adicional de que trata el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones.”

En consonancia con lo anterior, la Ley¹⁷ 43 de 1984, en el canon quinto establece:

“A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional. Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente Ley tendrán las exenciones tributarias de Ley.”

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se mantuvo para los pensionados la mesada adicional de diciembre, en los términos que pasan a exponerse:

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.”

Más adelante el mismo cuerpo normativo, en el artículo 142, contemplo una mesada adicional la cual se devengaría en el mes de junio. Para ilustración se citará el precepto:

*“<Expresiones en negrilla declaradas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, **cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988**, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada*

¹⁵ Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ Por la cual se determinan los Grados de las Organizaciones Gremiales de los Pensionados y se dictan otras disposiciones

¹⁷ Por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público y se dictan otras disposiciones.

del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996. ”

El mismo Estatuto en el inciso primero del mandato 143, contempla sobre los descuentos a los pensionados, en materia de salud, lo siguiente:

“A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.”

El artículo anterior fue reglamentado por el Decreto 692 de 1994 que en lo pertinente señala:

“Artículo 42. Reajuste pensional por incremento de aportes en salud. A quienes con anterioridad al 1° de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez, o sobrevivientes, y a quienes sin haberles efectuado el reconocimiento tuvieran causada la correspondiente pensión con los requisitos formales completos, tendrán derecho a partir de dicha fecha a que con la mesada mensual se incluya un reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, las entidades pagadoras de pensiones procederán a efectuar el reajuste previsto en este artículo por la diferencia entre la cotización que venían efectuando los pensionados y la nueva cotización del 8% que rige a partir de abril de 1993, o la que se determine cuando rija la cobertura familiar, sin exceder del 12%. En el caso del ISS, en donde ya existe la modalidad de medicina familiar para los pensionados, el reajuste se hará por la diferencia entre el 3.96% que venían aportando los pensionados, y el 12% de la cotización con cobertura familiar.

Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud, y transferirlo a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.

Parágrafo. Lo previsto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reduzca la cotización en salud de los pensionados en relación con el número de beneficiarios, caso en el cual el reajuste de la mesada se hará por la diferencia entre lo que se venía cotizando y el valor señalado por el Consejo.

Artículo 43. Mesada adicional. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez o sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, el sector privado y el ISS, así como los retirados y pensionados de las fuerzas militares y de la policía nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1° de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

...”

Por último el Decreto 1073 de 2002, en el parágrafo del canon primero dice:

“Artículo 1°. Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de

1988.

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

*Parágrafo. **De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesadas adicionales.*** (La negrilla y el subrayado es nuestro)

El recuento anterior pone de presente dos conclusiones:

1. Desde 1976, en el ordenamiento jurídico colombiano existe el concepto de mesada adicional, entendido este como el pago periódico que se cancela a los pensionados, además del mensual en determinados meses del año, primero en diciembre y luego con la entrada en vigencia de la Ley 100, en junio.
2. Las mesadas adicionales, a diferencia de las mensuales, no son objeto de los descuentos por exclusión directa de la Ley.

Estas conclusiones, han sido recogidas por el Consejo de Estado en distintos conceptos, que para ilustración del plenario el Despacho citará:

- En concepto con radicación número: 1064, la Sala de la Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. AUGUSTO TREJOS JARAMILLO del dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), dijo lo siguiente: *"...En este orden de ideas, estima la Sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses. Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la ley 100 de 1993, habida cuenta de que ese reajuste se estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste."*

- En concepto del once (11) de marzo de dos mil diez (2010).-Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00009-00 (1.988), con ponencia del Dr. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, se indicó lo siguiente: *"En el punto que interesa a la consulta, se observa que el inciso adicionado por la ley 1250 de 2008 dispone que la cotización **mensual** de los pensionados es del 12% de **la respectiva mesada pensional**, con lo cual se advierte que esta cotización se descuenta de las mesadas pensionales ordinarias, esto es, las que se pagan por las mensualidades del año, no por la mensualidad adicional de diciembre o el pago adicional de junio. En otras palabras, la cotización del 12% del mes de **junio**, por ejemplo, se toma "de la respectiva mesada pensional", como dice la norma, es decir, de la mesada de **junio**, de la mesada correspondiente a ese mes, **no del pago adicional de junio**, para el caso de los pensionados que dentro del régimen pensional analizado, tienen derecho a este pago. Lo mismo sucede con la cotización de **diciembre**, ésta se descuenta sobre la mensualidad pensional **ordinaria de diciembre**, no sobre la mensualidad **adicional** que se paga en ese mes."*

Teniendo en cuenta el marco normativo que reglamenta la temática de las mesadas adicionales, así como de los conceptos citados, se concluye que no se puede realizar ningún tipo de descuento a aquellos pagos adicionales que reciben los pensionados.

Es más, para el caso de los docentes la Ley 812 de 2003, en el inciso cuarto del artículo 83 establece:

“...
El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.”

Lo que quiere decir que para los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, al remitirse a las reglas de la Ley 100 de 1993, por el canon citado, debe descontársele el 12% de la mesada pensional mensual con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que mal se haría imponer esta contribución por los meses de junio y diciembre, cuando por tal ítem ya se hizo la deducción.

En estas circunstancias, cualquier descuento sobre las mesadas adicionales a la luz del ordenamiento jurídico colombiano es improcedente.

Dicho lo antecedente, se impone verificar por parte del Despacho si la demandada ha violado el plexo normativo citado descontando el aporte en salud a las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Para este particular, tenemos que la entidad ha realizado los descuentos para aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre del demandante, desde el año 2004 hasta hoy.

Cohherentemente con lo destacado, está claro para el Despacho que la accionada realizó los descuentos para aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre que percibe como pensionada al señor Muriel Pérez, lo que a la luz de las normas citadas y de los conceptos de la Sala de Consulta del Servicio Civil del Consejo de Estado, está prohibido, por lo que se impone en consecuencia acceder a las pretensiones formuladas con el libelo.

En mérito de lo expuesto, se declarará la nulidad parcial tanto del acto ficto surgido de la no contestación de la petición radicada el 17 de mayo de 2018, como del oficio No. 20180871030441 de julio 9 de 2018, que fue emitido por la Fiduprevisora.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Nación – Ministerio De Educación – Fondo de Prestaciones del Magisterio reintegre el valor descontado por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre del señor Muriel Pérez.

La entidad demandada actualizará la suma deducida por concepto de cotización en salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre, aplicando para ello la siguiente formula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE - vigente a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia -, por el índice inicial - vigente a la fecha en que se hizo el descuento.

Declarase prescritos los descuentos causados con anterioridad al 27 de septiembre de 2016. Se anota que se toma esta fecha porque a pesar de haberse radicado la petición desde el 17 de mayo de 2018 y su respuesta notificada el 9 de julio de esa misma anualidad, el demandante solo radicó la demanda el 27 de septiembre de 2019 en la Oficina de Reparto Judicial de la ciudad de Cali, según puede apreciarse en el archivo digital.

Por consiguiente, el Despacho toma como fecha para contar la prescripción aquella con la que puso en conocimiento de la autoridad judicial su reclamo.

Se le ordena a la entidad, que se abstenga de realizar a partir de la notificación de esta providencia los descuentos por el servicio de salud a las mesadas adicionales de junio y diciembre, en atención a lo expresado en la presente providencia.

Sin condena en costas por no acreditarse los presupuestos para su imposición.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito de Cali, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad tanto del acto ficto surgido de la no contestación de la petición radicada el 17 de mayo de 2018, como del oficio No. No. 20180871030441 de julio 9 de 2018 emitido por Fiduprevisora, solo en lo pertinente a la devolución de los descuentos realizados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

SEGUNDO: A título de restablecimiento de derecho **CONDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones del Magisterio a reconocer y pagar el valor descontado por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre del señor Muriel Pérez.

La entidad demandada actualizará la suma deducida por concepto de cotización en salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre, aplicando para ello la siguiente formula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE - vigente a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia -, por el índice inicial - vigente a la fecha en que se hizo el descuento.

Se le ordena a la entidad, que se abstenga de realizar a partir de la notificación de esta providencia los descuentos por el servicio de salud a las mesadas adicionales de junio y diciembre, en atención a lo expresado en la presente providencia.

TERCERO: DECLARAR prescritas las diferencias de reajuste causadas con

anterioridad al 27 de septiembre de 2016, como se dejó expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

CUARTO: Sobre la condena del anterior numeral se ha de aplicar los intereses de conformidad con el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

Firmado Por:

ROGERS AREHAM ARIAS TRUJILLO

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 019 ADMINISTRATIVO DE CALI

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

be2ad8439ac2fbe9f9186f1f33c700e06e7209edd604d2ca21aa75c60ab3b06d

Documento generado en 18/03/2021 01:55:41 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>